

Artikelen

'Analysis of law should be linked with what we have been learning about human behaviour and choice.'
C.R. Sunstein¹

| 65 | Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht

Raimond Giard²

De taak van de juridische beslisser is om een hem of haar voorgelegd probleem op te lossen. De eerste stap is het definiëren en representeren van de kwestie. De manier waarop die bij aanvang van het geschil door eisers wordt weergegeven, is bepalend voor de wijze waarop het verder wordt aangepakt en opgelost. Maar let op: de primaire psychologische reacties van de gelaedeerde zijn vaak bepalend voor de juridische inkadering en de wijze waarop in de procedure het onderzoek wordt verricht. Daarmee kan het proces van waarheidsvinding ongewild beïnvloed worden ten nadele van de gedaagde partij. Uit het fair trial-beginsel vloeit voort dat we een objectieve causale verklaring voor de gebeurtenissen zoeken om billijk te kunnen oordelen maar ook om er werkelijk van te kunnen leren – het preventieve functie. Inzicht in de vertekende psychologische mechanismen en de daarop gebaseerde aanpassingen van de werk- en oordeelsprocessen om die subjectieve sturing te vermijden of te corrigeren, zijn een voorwaarde voor een rechtvaardige beslissing.

Inleiding

Een arts of een rechter hebben bij de aanvang van een consult of bij de start van een zaak nog maar weinig idee wat de uitkomst zal worden; dat ontvouwt zich pas gaandeweg. Stap voor stap wordt informatie verzameld, getoetst, geïnterpreteerd en uiteindelijk resulteert dat werkproces in hetzij een diagnose met een behandelplan of een beslissing waaraan eventueel een juridische sanctie is verbonden. Maar waaruit blijkt nu of de arts of magistraat daarbij tot de juiste conclusie zijn gekomen? Klinische informatie die naderhand wordt verkregen, kan duidelijk maken dat de eerder gestelde diagnose toch onjuist was of dat er voor de verkeerde behandeling werd gekozen. Het vonnis van de strafrechter – zie de Schiedammer parkmoord – kan op soortgelijke wijze door later gebleken feiten worden teruggedroten. De beslissers bleken dan te hebben gedwaald. En hoe is dat bij de civiele rechter, bijvoorbeeld bij uitspraken inzake het wel of niet bestaan van aansprakelijkheid voor letsel-schade? Wordt daarbij nooit onjuist geoordeeld? En wanneer en waardoor blijkt die vergissing dan? Bestaat er

zoiets als een onafhankelijke gouden standaard waaraan beslissingen retrospectief getoetst kunnen worden? In civielrechtelijke kring vinden sommigen het ongepast om het woord 'dwaling' te gebruiken; de rechter in eerste aanleg was tot een ander inzicht gekomen. Hebben we wel enig idee hoe vaak het in het aansprakelijkheidsrecht is fout gegaan?

Het is beslist niet verkeerd om het aansprakelijkheidsrecht eens te bezien vanuit het perspectief van kwaliteitstoetsing en -bevordering: hoe voorkom je dat er tijdens de procedure fouten worden gemaakt en hoe controleer je het verkregen resultaat op deugdelijkheid? Kwaliteit is nimmer vanzelfsprekend maar vraagt voortdurend onderzoek en bewaking van zowel de gehanteerde werkprocessen (processtoetsing) als van de uitkomsten (uitkomststoetsing). Het zo correct mogelijk toepassen van het positieve recht en de doctrine is natuurlijk essentieel maar dat vormt op zich nog géén garantie voor een juiste beslissing. Daar is dus meer voor nodig – maar wat dan?

¹ C.R. Sunstein, Introduction. In: Cass R. Sunstein (red.), *Behavioural Law & Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

² Raimond Giard is als klinisch patholoog en klinisch epidemioloog verbonden aan het Maasstad Ziekenhuis en het Ikazia Ziekenhuis te Rotterdam en als jurist aan de afdeling burgerlijkrecht van de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Hij is tevens redacteur van dit blad. De publicatie maakt onderdeel uit van het onderzoeksproject *Behavioural approaches to tort and contract* van de Erasmus School of Law.

Dat in de letselschadepraktijk expliciete aandacht voor de inrichting van de werkprocessen en toetsing van de resultaten gewenst is, komt voort uit de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht: compensatie en preventie. Die twee zijn als een Siamese tweeling met elkaar verbonden. Er dient primair billijk te worden geoordeeld. Uit gemaakte fouten vervolgens lering trekken is alleen mogelijk als er een deugdelijke en methodologisch verantwoorde causale verklaring voor de gebeurtenissen wordt gevonden. Wanneer er echter met wijsheid achteraf wordt geoordeeld, leidt dat vaak tot het trekken van de verkeerde conclusies over hoe het kon gebeuren en wordt men op het verkeerde been gezet hoe herhaling van het voorval is te voorkomen.³

De catastrofe is voor de gelaedeerde het vanzelfspreken- de startpunt voor diens schadevergoedingsactie. Deze door de gevolgschade bepaalde context heeft – uiterst in- voelbaar – effecten op de reacties van de eiser: die be- paalt diens perceptie en de interpretatie van de gebeurte- nissen, vergroot veelal de emotionele reacties en ook de verwijten richting de vermeende aanstichter(s) van dit onheil. In hoeverre worden juridische beslissers hierdoor beïnvloed? Inzicht in die primaire psychologische reac- ties op de rampzalige gebeurtenissen en het mogelijke sturende effect daarvan op feitenonderzoek, interpretatie en oordeelsvorming is noodzakelijk.⁴ We kunnen door de uitwerking van die reacties al in de beginfase op een verkeerd spoor gezet worden. In dit artikel zal ik me be- zighouden met de vraag naar onbedoelde affectieve stu- ring van onderzoek, interpretatie en oordeel en laten zien dat de gangbare juridische formalismen en rationa- liteit daartegen geen garantie bieden. Ik gebruik daartoe twee voorbeelden: een historisch straatongeval en letsel- schade als gevolg van een vermeende medische misser. Geschetst wordt hoe met deze cognitief-psychologische kwesties op een juiste wijze om te gaan.

1. Aansprakelijkheidsrecht: altijd dader én situa- tie!

Ik begin met een eenvoudig voorbeeld, een historisch straatongeval dat regelmatig opduikt in de Angelsak- sische juridische literatuur over onderzoek naar causaal verband. Alle elementaire ingrediënten van het aanspra- kelijkheidsrecht komen in dit korte relaas voor en ook de

basale psychische reactiemechanismen die bij het slacht- offer een rol spelen.

Casus 1: Jim is trambestuurder en staat erom bekend dat hij meestal te hard rijdt. Op een dag is het nood- weer en tijdens een windvlaag wordt een boom ont- worteld die boven op een tram valt waarvan Jim de bestuurder is. Er vallen gelukkig geen doden maar er zijn wel enkele gewonden. Een van die gehavende passagiers eist schadevergoeding met als feitelijke grondslag dat als Jim niet te hard had gereden, de boom niet op de tram zou zijn beland en hij dus geen verwondingen zou hebben opgelopen.⁵

De vordering werd in deze zaak afgewezen met als be- langrijkste argument de afwezigheid van een causaal verband⁶ tussen de gedragingen van de trambestuurder en de val van de boom: die gebeurtenis is immers puur toevallig.⁷ Maar dat is natuurlijk geen bevredigende uit- spraak voor de gelaedeerde want die is overtuigd dat zijn verhaal over hoe dit voorval kon plaatsvinden wel moet kloppen! Er zijn drie juridisch relevante elementen in het verklarende relaas van het slachtoffer:

1. de *gebeurtenis*: het begint ermee dat de gelaedeerde overrompeld wordt door een onaangename en beslist ongewenste uitkomst. Hiermee wordt diens vredige wereldbeeld verstoord, want bomen horen niet op trams te vallen waardoor er gewonden vallen. In die goede wereld houden trambestuurders zich aan de regels. Maar daarmee wordt het feit was deze gebeur- tenis de verwezenlijking van een zeer klein maar be- slist bestaand risico is, genegeerd.
2. de *attributie*: zoiets vindt toch niet volkomen toeval- lig plaats, dat moet iemand toch op zijn geweten heb- ben? Dat is door toedoen van Jim natuurlijk! Maar ligt het wel allemaal aan de gedragingen van deze persoon?
3. de *causaliteit*: de trambestuurder reed te hard, was dus uitgerekend net op de plaats des onheils waar- door de ontwortelde boom op het koetswerk kon val- len. Het zou niet zijn gebeurd als Jim zich wél aan de snelheid had gehouden. Is hier wel een causaal ver- band tussen het gedrag van de bestuurder en de scha- de of zijn er andere – betere – verklaringen?

De kwintessens van de hierboven beschreven casus is dat door de gelaedeerde de oorzaak van de schade geheel

³ Zie K. Hendriksen & H. Kaplan, 'Hindsight bias, outcome knowledge and adaptive learning', *Qual Saf Health Care* 2003;12(suppl II):ii46-ii50.

⁴ Zie N. Schwarz, 'Emotion, cognition, and decision making', *Cognition and Emotion* 2000, vol. 14(4), p. 433-440.

⁵ *Berry v. Borough of Sugar Notch* (1899) 43 Atl. 240 (Pa.). De casuspositie komt ook voor in het boek van H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law*, Clarendon Press Oxford 1985, p. 170.

⁶ Hier bezondigt de eisende partij zich aan een *conjunction fallacy*: er worden twee zaken met elkaar in verband gebracht waartussen géén relatie bestaat en die de gebeurtenis evenmin waarschijnlijker maken. Zie ook A. Tversky en D. Kahneman, 'Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment', *Psychological Review* 1983 vol. 90(4), p. 293-315.

⁷ Zie ook B. Ben-Shahar, 'Causation and foreseeability', In: *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by B. Bouckaert and G. de Geest, vol. 2 (Civil Law and Economics): 644-68. Cheltenham, UK: Elgar Publishing, 2000.

op de gedragingen van Jim werd betrokken, niet op de situatie. Bij het aansprakelijkheidsrecht leiden de uitkomsten er kennelijk toe dat er dus al snel op de man wordt gespeeld, aan de omstandigheden waaronder het voorval plaatsvond wordt geen aandacht besteed. De rechter heeft hier geoordeeld dat Jim geen blaam trof voor de verwondingen: het gezond verstand van de magistraat was hier voldoende, er was dan ook geen deskundigenonderzoek nodig om de rechter te adviseren. Maar lukt het bij ingewikkelder en bovendien emotionelere zaken, bijvoorbeeld bij medische aansprakelijkheid, om zowel situatie als het gedrag van de persoon elk voldoende diepgaand te onderzoeken? Een volgende casus om dit punt op een andere wijze te laten zien.

2. Een diagnostische dwaling

De volgende casuspositie kent een dramatischer afloop dan de eerste.

Casus 2: Omdat hun anderhalf jaar oude dochtertje hoge koorts heeft (40,70 °C) bellen de ongeruste ouders de huisarts. De huisarts schat de ziekte niet als ernstig in maar uiteindelijk brengen de ouders, omdat ze hier niet tevreden mee zijn, hun kind naar het ziekenhuis en daar wordt vastgesteld dat het meisje een ernstige vorm van hersenvliesontsteking heeft (septische meningococcenmeningitis). Het lukt ternauwernood met antibiotica en intensieve behandeling haar leven te redden zij houdt levenslang ernstige restverschijnselen aan deze ziekteperiode over.⁸

Bij deze ziektegeschiedenis kunnen we een soortgelijke opsomming van reacties maken als bij de eerste casus: ook hier zijn de ouders overrompeld door de onaangename en beslist ongewenste uitkomst, ook hier wordt hun vredige wereldbeeld verstoord want kinderen mogen wel ziek worden maar niet bijna eraan doodgaan om daarna met handicaps door het leven te moeten gaan. Ook hier is duidelijk wie er schuld heeft en ook hier is een alternatief scenario denkbaar: als de huisarts zijn diagnostisch werk beter had gedaan, zou de meningococcenziekte wel ogenblikkelijk zijn herkend zodat het kind direct was behandeld – met veel betere genezingskansen. Daarmee is het verklarend verhaal voor de ouders rond en daaraan houden ze vast. Weer hebben we te maken met de tweedeling: de omstandigheden van het geval – de diagnostische situatie – en het gedrag van de

huisarts. Welk van die twee elementen was nu het meest bepalend voor de onfortuinlijke afloop?

De juridische beslisser moet het hem of haar voorgelegde probleem oplossen en de logische eerste stappen daarbij zijn het probleem in juridische termen te definiëren en concreet te beschrijven⁹; die representatie blijkt bepalend voor de opzet van de procedure en het juridisch redeneren. De manier waarop door eisers dit relaas in hun conclusie van eis of verzoekschrift wordt geformuleerd, bepaalt het mentale kader waarbinnen de feiten bekeken zullen gaan worden. Dat staat bekend als het *framing effect*.¹⁰ De formulering van de rechtsvraag getuigt daar al van want bij de bovengenoemde casus wordt aan de deskundige de vraag voorgelegd om het gedrag van de huisarts te beoordelen. De dramatische context induceert primair bij het slachtoffer maar secundair ook bij de personen die hierbij emotioneel of beroepshalve betrokken raken verschillende vormen van psychologische reacties.

3. Primaire psychologische reacties na een calamiteit

In de afgelopen decennia is er vanuit de psychologie onderzoek gedaan naar reactiepatronen van slachtoffers van calamiteiten. Hoe ervaren ze wat er met hen is gebeurd? En wat doen ze daar dan verder mee? Slachtoffers reageren veelal op gebeurtenissen met impliciete automatische patronen en die zijn dan weer bepalend voor de manier waarop het gedrag wordt beoordeeld van de vermeende aanstichters van het onheil.¹¹ Dat levert de volgende veel voorkomende en onderling verwante sociaal-psychologische reactiepatronen op:

- de fundamentele verrassing (fundamental surprise);
- een schending van de volmaakte wereld (just world hypothesis);
- de fundamentele attributiefout (fundamental attribution error);
- de tegenfeitelijke denkfout (counterfactual fallacy).

Bij de bespreking van de beide casusposities kwamen we deze reacties al tegen. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het om de verwezenlijking van een bepaald gevaar en worden de slachtoffers vrijwel altijd op onaangename wijze door de gebeurtenissen overrompeld en die leiden dan ook nog tot ongewenste (letsel)schade. Dat is kenmerkend en beschreven als de *fundamental surprise*.¹²

⁸ Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 september 2009, JA 2010, 5 (m.nt. R.W.M. Giard).

⁹ J.E. Pretz, A.J. Naples, R.J. Sternberg, 'Recognizing, defining and representing problems', in: J.E. Davidson & R.J. Sternberg (red.) *The psychology of problem solving*, Wadsworth Cengage Learning 2009, p. 3-30.

¹⁰ A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981, vol. 211 p.453 – 458.

¹¹ J.S. Uleman, S. Adil Saribay, C.M. Gonzalez, 'Spontaneous Inferences, Implicit Impressions, and Implicit Theories', *Annual Review of Psychology* 2008 vol. 59, p. 329 – 360.

¹² D.D. Woods, 'Risk and human performance: measuring the potential for disaster', *Reliability Engineering & System Safety* 1990 vol. 29(3), p.387-405.

Een logische vraag is dan: waarom werden de slachtoffers door de gebeurtenissen overvallen? Kenden ze het gevaar niet? Was dit werkelijk iets uitzonderlijks?

Tegelijk is die vervelende gebeurtenis een inbreuk op hun tot dan toe vredige en welhaast volmaakte wereld. Dit is bekend als de *just world hypothesis* of de *just world belief*.¹³ Volgens deze theorie hebben mensen er sterke behoefte aan te geloven in een ordelijke, voorspelbare en rechtvaardige wereld waarin mensen krijgen wat ze verdienen. Dit kwade lot hebben ze echt niet verdiend!

Een gevolg hiervan kan zijn dat nu ze zoiets ellendigs toebedeeld hebben gekregen wat ze het niet verdiend hebben, onderzocht gaat worden wie hiervoor beslist verantwoordelijk gehouden kan worden. Het ligt niet aan toevallige omstandigheden, hier heeft een actor de hand in gehad en het is beslist zijn of haar schuld en dat is de *fundamentele attributiefout*.¹⁴ Hoe ernstiger de gevolgen, des te meer verantwoordelijkheid er aan de vermeende dader wordt toebedacht.¹⁵

Als er vervolgens op deze hele keten van gebeurtenis nog eens wordt teruggekeken, dan valt daarin toch een beslissend moment te bepalen waarop de actor anders had kunnen en moeten handelen. Daardoor zou de afloop van de gebeurtenissen waarschijnlijk veel gunstiger zijn geweest. Hierbij wordt natuurlijk wel verondersteld dat het menselijk handelen steeds volledig bewust en uit vrije wil geschiedt. Dat virtuele herschrijven of muteren van het scenario, nu met een gunstiger uitkomst, wordt de *counterfactual fallacy* genoemd.¹⁶ Dankzij dit alternatieve draaiboek wordt ook een oorzakelijk verband gelegd tussen het onrechtmatig handelen van de veroorzaker en de daaruit voortvloeiende schade voor het slachtoffer.

Dat slachtoffers op deze manier kunnen reageren, is heel invoelbaar maar hun interpretatie van de feiten blijkt niet altijd juist. Het *fair trial*-beginsel van art. 6 lid 1 EVRM impliceert dat we voor het realiseren van een juist oordeel goed moeten nagaan wat hun mogelijke invloed is op de rechtspraktijk.

4. De juridische aspecten van deze gedragsmechanismen

Wat zijn nu de praktische implicaties van deze psychologische observaties en welke relatie bestaat er met juridische leerstukken? Voor de uiteindelijke juridische beslissing is van belang dat de hierboven beschreven reactiepatronen kunnen leiden tot een vertekend beeld ('bias') van de situatie, meestal ten nadele van de gedaagde partij. Wat vinden we hiervan terug in de rechtspraak? Eerst het punt van de fundamentele verrassing. De wereld wordt draaiende gehouden door mensen en hun inzet voor en toewijding aan hun taak bepaalt of zaken goed zullen verlopen. Aan dit *just world belief* is een verwachting eigen waaruit weer de aanname van een zorgplicht die op mensen rust voortvloeit om een dergelijke ideale wereld te realiseren en te bewaken.¹⁷ Dat creëert situatiespecifieke verwachtingen en die kleuren het oordeel.¹⁸ Zorgplichten zijn op verschillende wijzen gecodificeerd maar steeds als open normen, bijvoorbeeld voor de arts in art. 7:453 BW, voor de werkgever in art. 7:658 BW, voor de opdrachtnemer in art. 7:401 BW. Dat zijn steeds regels op de wijze van: *De [aanduiding beroepsbeoefenaar] moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed [functionele aanduiding] in acht nemen*. Maar wat bepaalt en wat beperkt nu de inhoud van die zorgplicht? En welke eigen verantwoordelijkheid heeft een rechtssubject in een bepaalde situatie? En hoe realistisch is die 'just world': is dat niet gewoon een geromantiseerd droombeeld? Het gevaar bestaat dat als de vlekkeloos verlopende wereld ons uitgangspunt is, al snel de gedachte moet opkomen dat iemand diens zorgplicht niet goed nakwam. Bij casus 1 bedenken we dan dat niet alleen op de van trambestuurder Jim maar ook op de eigenaar van de omgevallen boom zo'n zorgplicht rust. Een aan dit onderwerp verwant juridisch aspect is de informatieplicht. We kunnen ook proberen te voorkomen dat mensen onaangenaam verrast worden door hen attent te maken op mogelijke risico's van voorgenomen acties of interventies, het leerstuk van de waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁹ De vraag is hoever het recht op deze weg mag meegaan met de slachtoffers zonder dat daarmee de waarheid geweld wordt aangedaan.

¹³ M.J. Lerner & D.T. Miller, 'Just world research and the attribution process: looking back and ahead', *Psychological Bulletin* 1977 vol. 85, 1030-1051. Ook: M.J. Lerner, *The belief in a just world: a fundamental delusion*. New York: Plenum 1980.

¹⁴ F. Heider, *The psychology of interpersonal relations*. New York, 1958: Wiley.

¹⁵ J.M. Burger, 'Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: a meta-analysis of the defensive-attribution hypothesis', *Psychological Bulletin* 1981 vol. 90, p. 496-512.

¹⁶ D.R. Mandell e.a. (red.), *The psychology of counterfactual thinking*, UK: Routledge, 2005.

¹⁷ Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Kluwer 2006.

¹⁸ M.K. Noordewier & D.A. Stapel, 'Judging the unexpected: disconfirmation of situation-specific expectancies', *European Journal of Social Psychology* 2009 DOI: 10.1002/ejsp.591.

¹⁹ Zie daarover I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.

De attributiefout heeft als gevolg dat we maar al te snel geneigd zijn de oorzaak van een calamiteit aan een handelende persoon toe te schrijven, de persoonsattributie, en veronachtzamen daardoor veelal de rol van de omstandigheden, de situationele attributie.²⁰ Dat levert het gevaar op dat we bij *ex post* analyse van een rampspoed ons onderzoek te zeer beperken tot gedragingen van de betrokken persoon of personen. Een treffend voorbeeld van die restrictie tot persoonsattributie vinden we in het volgende voorbeeld dat Nieuwenhuis ons in zijn boeiende stijl bij de behandeling van het onderwerp causaliteit voorschotelt.²¹ In een lift staan reeds drie mannen met een totaalgewicht van 210 kg. Waarschuwingbordjes naast de lift geven aan: 300 kg, max. 3 pers. Het verhaal vervolgt met het schetsen van verschillende scenario's waarbij wisselend zware personen in wisselende combinaties instappen, steeds met het gevolg dat de gewichtsgrens overschreden wordt en de lift naar beneden stort waardoor letselschade bij de passagiers wordt veroorzaakt. Het is weliswaar een te boek gesteld gedachte-experiment om de problematiek van het oorzakelijk redeneren op didactische wijze te bespreken, maar de vraag is toch eerst en vooral wiens schuld het nu is, een attributiekwestie dus.

Zijn juristen nooit in een overvolle lift gestapt? Hebben ze het bordje wel gezien en gelezen? Hebben ze dan niet gemerkt dat er bij overbelasting een waarschuwingssignaal klinkt, er soms een lampje gaat branden en de lift niet meer in beweging komt? Omdat mensen veiligheidswenken niet opmerken of negeren, is er een systeem van bescherming tegen overbelasting in personenliften ingebouwd: de situatie is aangepast aan het soms onredelijke, soms onbewust onveilige gedrag van mensen. Als een lift dan toch naar beneden valt, ligt dat primair aan een defect van dat beveiligingssysteem. Het zoeken naar de persoon wiens gewicht (letterlijk) de doorslag gaf, is niet opportuun: de prioriteit ligt bij het onderzoek van het systeem en van de situatie. Bij het verklaren van dit voorval zijn verschillende scenario's denkbaar en daaruit zal een keuze moeten worden gemaakt waarbij de beste causale verklaring voor de gebeurtenissen de doorslag geeft. De vraag is of het recht niet te snel meegaat in deze persoonsattributie en daardoor de situatieattributie verdringt. Dat brengt ons bij het volgende punt.

Het laatste onderwerp in deze reeks is de *counterfactual fallacy*, de tegenfeitelijke denkfout. De negatief afgelopen gebeurtenis wordt door het slachtoffer in gedachten

gereconstrueerd en die maakt daar zo zijn of haar verhaal van. Daarbij wordt, meestal al vroeg in die reeks van feiten, een moment vastgesteld dat bepalend wordt geacht voor het verdere verloop. De gewonde passagier beschouwt het rijgedrag van de trambestuurder als zo'n factor en de ouders de miskennen van de ziekte door de arts tijdens diens onderzoek van hun dochtertje. Als deze aanstichters van het onheil inderdaad op dat bepalende moment anders hadden gehandeld dan zou de ongewenste afloop naar het oordeel van eisers zijn afgewend. Die manier van redeneren heeft een duidelijk doel: de oorzaak van de calamiteit duidelijk maken. Dit vaststellen van de causaliteit vormt het middelpunt van het aansprakelijkheidsrecht maar is tevens een van de lastigste onderdelen daarvan. De *counterfactual fallacy* kan ons bij het onderzoek naar causaal verband in de zin van een *condicio sine qua non* op twee manieren parten spelen. Ten eerste wordt voor het vaststellen van een causaal verband gebruik gemaakt van een gedachte-experiment zoals de *but for*-test of de *NESS*-test maar die komen op hetzelfde neer: als de weggelaten factor betekent dat er geen verwezenlijking van de ongewenste situatie plaatsvindt, is daarmee de oorzakelijke betekenis ervan vastgesteld.²² De tegenfeitelijke manier van denken doet echter precies hetzelfde, want daarbij bedenken we immers wat er zou zijn gebeurd als er een alternatieve handelwijze zou zijn toegepast en welk resultaat dat dan zou hebben gehad. En dan nog een saillant punt: de bewijslast rust op de eisende partij ex art 150 Rv. Eiser en juridische beslisser hanteren dezelfde aanpak. Bestaat er een 'objectieve' methode voor dat gedachte-experiment? Is dit wel de juiste manier om het causale verband te bewijzen? Want er is nog een ander probleem.

Het tweede bezwaar is dat we voor een goed oordeel de beschikking willen hebben over een bij de situatie passend realistisch ongevalsmodel.²³ Aan de hand van dat systeem kunnen we de gehele situatie in ogenschouw nemen met alle factoren die daarbij een rol spelen en hun interacties en dat is veel meer dan alleen de gedragingen van de gedaagde. De situatie onderzoeken impliceert gedetailleerd weet hebben met welke processen we te maken hebben en op welke wijze zich dit alles ontvouwt. We zijn van nature geneigd om de geschiedenis als een lineair proces te reconstrueren, opgebouwd uit opeenvolgende discrete stappen. De werkelijkheid is meestal complexer, want dingen komen voort uit de interactie van verschillende systemen. Bij de tramcasus hebben we tenminste te maken het transportsysteem, de inrichting

²⁰ Zie daarover I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom e.a. (red.) *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181 – 208.

²¹ J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2003, p. 45 e.v.

²² De *NESS* (= Necessary Element of a Sufficient Set) -test betekent dat een gebeurtenis het gevolg is van een verzameling van factoren waarvan er tenminste een noodzakelijk blijkt omdat achterwege laten ervan tot een andere afloop leidt. Zie ook D. A. Fischer, 'Insufficient Causes', *Kentucky Law Journal* 2005-2006, vol. 94(2), p. 277-319.

²³ J. Reason, *The human contribution. Unsafe acts, accidents and heroic recoveries*, Farnham (UK), Ashgate Publishing Ltd 2008, p. 92-104.

van de stad, de bouw van de woonwijk, het weer, de constructie van de tram, het gedrag van mensen in de tram, het gedrag van de bestuurder en ga zo maar door. Zo blijkt dat er vele mogelijke factoren zou kunnen zijn die bij de totstandkoming van dit ongeval een rol kunnen spelen.

Hetzelfde geldt voor de medische casus. Ziekte-diagnostiek is een ingewikkeld proces.²⁴ Achteraf staat wel vast wat de werkelijke diagnose was, maar dat weet de arts op het moment van het onderzoek nog niet. Analyse van de klinische verschijnselen van het ziekteproces, het zeer zeldzame vóórkomen van deze ziekte en de problematische diagnostiek van hersenvliesontsteking maken duidelijk hoe de diagnostische situatie was: een uitzonderlijke en lastig herkenbare ziekte. Dat situationele onderzoek werpt een ander licht op de casus.

De besproken geïdealiseerde wereld, de attributiefout en de tegenfeitelijke denkfout dragen bij tot een vertekening van de werkelijkheid en daardoor ontstaat wijsheid achteraf; deze verschijnselen hangen nauw met elkaar samen.²⁵ Als in de procedure de causale verklaring van de gebeurtenis zo centraal staat, is het nodig dat door de inrichting van de werkwijze subjectieve invloeden worden buitengesloten.

5. De praktische aanpak

De rechter moet, overeenkomstig artikel 13 van de Wet Algemene Bepalingen, uitspraak doen. Dat is de afsluiting van een procedure die uit verschillende stappen bestaat. Door procespartijen worden tegenovergestelde standpunten naar voren gebracht nadat de eisende partij het geschil onder woorden heeft gebracht. Wie komt er met het meest overtuigende verhaal? Daarvoor worden argumenten gevraagd en is bewijslevering en –waardering nodig. De juridische beslissing zal – idealiter – gebaseerd zijn op die uitleg die de rechter als best mogelijke verklaring beschouwt. Maar vervolgens, u begrijpt het al, dient de vraag zich aan: op grond waarvan wordt een uitleg nu als beste geaccepteerd?²⁶ Een geloofwaardige verklaring geeft ons het gevoel dat zo alles goed bij elkaar past, de feiten, de bewijslevering. Tijdens het verloop van de procedure moet er dus sprake zijn van cohe-

rentie-genererende mechanismen.²⁷ We beschikken daarmee uiteindelijk, naar het lijkt, over een rationeel verhaal maar die onderlinge samenhang kan bedrieglijk zijn: we zien soms verbanden waar die er toch niet zijn, coherentie bias.²⁸ De gewonde in de tram kwam met een in zijn ogen coherent verhaal, waarin hij een verband legde met het rijgedrag van Jim. In het tussenvonnis bij het meisje met hersenvliesontsteking velt de rechter een oordeel over de gemiste diagnose en het gedrag van de betrokken huisartsen, waarbij in de argumentatie een samenhang wordt geschetst van falende diagnostiek, gebrekkige communicatie en van organisatorische factoren.²⁹ Maar dat is allemaal coherentie die wordt bereikt door zowel de wijze waarop het probleem vanaf de aanvang is ingekaderd als de interpretatie van de gebeurtenissen met kennis achteraf. Ook bij deze meningitiscasus is de situatie veel complexer, zowel medisch-inhoudelijk, organisatorisch en communicatief, waarbij bovendien de allochtone ouders van het meisje de Nederlandse taal niet goed machtig waren en waarschijnlijk andere cultureel bepaalde opvattingen over de aanpak van ziekteproblemen door een arts hebben. Niet de coherentie maar een toetsbare causale verklaring is beslissend.

Vanaf de start van het geschil tot en met het oordeel kunnen we dus op verschillende manieren op een dwaalspoor gebracht worden en de praktische vraag is hoe dat te voorkomen, gelet ook op de inrichting van het civiele proces waarin de rechter reageert op wat partijen aandragen. De hierboven besproken sceptische argumenten moeten ons wakker schudden. Noch de trambestuurder, noch de huisarts, noch de rechter weten op het moment dat zij aan hun taak beginnen hoe de afloop zal worden. Hun enige mogelijkheid is de taak naar behoren te vervullen. Voor wat betreft het aansprakelijkheidsrecht krijgen alle bij de procedure betrokkenen een kennis-theoretische verantwoordelijkheid toebedeeld betreffende de processen van feitenonderzoek, interpretatie en oordeelsvorming; niet het positieve recht maar de gehanteerde methoden zijn hier van doorslaggevend belang.

Bij de reconstructie van de ware toedracht hebben we te maken met drie onderling verbonden elementen die elk hun aandacht vragen: de persoon met diens gedrag in de gegeven situatie.³⁰ Daarnaast speelt alles zich af binnen een omschreven handelingscontext binnen een bepaalde

²⁴ R.W.M. Giard, 'Medische expertise bij diagnostische missers', *Expertise en Recht* 2008-2, p. 56-63.

²⁵ N.J. Roese, 'Counterfactuals, causal attributions, and the hindsight bias: a conceptual integration', *Journal of experimental social psychology* 1996 vol.32, 197- 227.

²⁶ J.D. Trout, 'Scientific explanation and the sense of understanding', *Philosophy of Science* 2002, vol. 69 p. 212-233.

²⁷ D. Simon, L.B. Pham, Q.A. Le, K.J. Holyoak, 'The emergence of coherence over the course of decision making', *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 2001, vol.27(5), p.1250-1260.

²⁸ A. Amaya, 'Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding', *Episteme: A Journal of Social Epistemology* 2008 vol. 5(3), p. 306-319.

²⁹ Zie rov. 2.21 (zie het arrest als vermeld onder noot 8).

³⁰ D.C. Funder, 'Towards a resolution of the personality triad: persons, situations, and behaviors', *Journal of Research in Personality* 2006, vol.40, p. 21-34.

periode en ontvouwen de zaken zich in de loop van de tijd. Daarmee wordt een systematiek voor het onderzoek aangereikt en zal door een waaier van gezichtspunten te hanteren het probleem op verschillende wijzen vanuit uiteenlopende perspectieven worden onderzocht.

In tegenstelling tot het strafrecht is er in het civiele recht maar weinig bijzondere aandacht voor de persoon van de dader. Aangenomen wordt dat bijvoorbeeld trambestuurders, artsen, advocaten en rechters pas in de wereld hun werkzaamheden mogen gaan verrichten als zij deugdelijk zijn opgeleid en zich voldoende voor hun functie hebben gekwalificeerd. De gevalsbeoordeling impliceert dat nauwelijks naar persoonskenmerken wordt gevraagd: wat zouden we van de gedaagde moeten weten? Bijvoorbeeld: is deze dokter wel voldoende kundig? Is een arts die keer op keer bij diagnostiek tekort schiet geen gevaar voor de mensheid? Staat de trambestuurder wellicht bekend om zijn roekeloze rijgedrag? Misschien is dergelijk oordelen over een persoon eerder psychologisch dan juridisch. Het is ook allesbehalve simpel. Dan maar liever het gedrag van die persoon.

In de rechtswetenschap draait het om het sturen (door wetgeving) of het beoordelen (via rechtspraak) van menselijk gedrag. Maar iedere handelwijze is situationeel bepaald. Hierboven wees ik reeds op de dichotomie persoon – situatie en bij het vaststellen van aansprakelijkheid voor (letsel)schade is het nodig te beginnen met de

beoordeling van de situatie vanaf het initiële moment tot en met het ogenblik waarop de schade werd verwezenlijkt. Waarmee werd de verantwoordelijke persoon in die specifieke omstandigheden geconfronteerd en hoe reageerde hij hierop? Was dat vanuit zijn positie ook begrijpelijk? Een dergelijke onderzoek moet dan ook in de natuurlijke richting van de tijd uitgevoerd worden, niet retrograad.³¹ Zo proberen we gedrag in een situatie te duiden. Calamiteitenonderzoek kwam vooral tot ontwikkeling om ongelukken met vliegtuigen op de juiste wijze te kunnen verklaren en zo eventueel herhaling ervan te voorkomen.³² Daarbij bleek een vruchtbare liaison tussen psychologie en technologisch onderzoek: wat gebeurde er met de machine en wat deed de mens en waarom deed die dat?³³ Menselijk feilen en falen is steeds onlosmakelijk verbonden met taken en middelen. De mogelijkheden om langs empirische weg de ‘werkelijkheid’ te ontsluiten worden mede bepaald door onze conceptuele kaders en hoe het probleem aan ons wordt voorgelegd. Zoals ik hierboven heb geschetst, kunnen de primaire psychologische reacties ons op ongewenste wijze sturen. We mogen sympathie koesteren voor het slachtoffer vanwege wat hem of haar overkwam, we mogen de positie van het slachtoffer tegenover een machtiger institutie proberen te versterken, maar we willen een feitelijk juiste beslissing en we willen weten hoe herhaling te voorkomen. Aan het proces van waarheidsvinding hangt dus steeds een methodologisch prijskaartje. Die prijs is hoger dan menig jurist veronderstelt.

³¹ Zie hierover uitgebreid R.W.M. Giard & H.J.L.G. Merckelbach, ‘Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is’, *Nederlands Juristenblad* 2009, 762, p.1014-1021.

³² Zie S. Dekker, *The field guide to understanding human error*, Aldershot: Ashgate 2006.

³³ J. Stranks, *Human factors and behavioural safety*, Amsterdam: Elsevier 2007.